



REVISTA DO CAAP
fundada em 1921

A RELAÇÃO DE COORIGINALIDADE E DE COMPLEMENTARIDADE ENTRE A MORAL E O DIREITO NA TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO DE JÜRGEN HABERMAS

Marina Pompermayer¹

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo central abordar a relação de complementaridade e cooriginalidade entre o Direito e a Moral na perspectiva da Teoria Discursiva do Direito e da Ética do Discurso de Jürgen Habermas. Primeiramente, introduzir-se-á a análise pragmática formal da racionalidade comunicativa e da racionalidade prática no pensamento pós-metafísico, bem como a justificação pós-convencional e a validade do dever ser de normas morais. Em seguida, será delineado o conteúdo cognitivo da moral a partir da elaboração do princípio da universalização (U) e o princípio da ética do discurso (D). Abordar-se-á sua cooriginalidade, na medida em que o Princípio da Democracia é derivado de “D”. Já a relação de complementaridade será abordada a partir do modo como a Moral, tendo em vista o Princípio da Universalização (U), fornece um conteúdo normativo em termos de razões universalizáveis ao Direito ao passo que este supre seus déficits cognitivos, operacionais e motivacionais. O Direito positivo e a moral pós-convencional são, assim, os principais mecanismos de integração social da modernidade, na medida em que perpassam os componentes estruturais do mundo da vida. Por fim, a relação, entre tais mecanismos, deve ser de complementaridade, sob pena do Direito, que se sabe constituído na tensão entre facticidade e validade e, portanto, sempre mutável, perder a capacidade de integração social e estabilização de expectativas.

Palavras-chave: Direito Moderno; Moralidade; Teoria Discursiva do Direito

¹ Mestranda e Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Integrante do Núcleo de Estudos Constitucionalismo e Aprendizagem Social - NECONS. ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-4571-7706>. E-mail: marinapompermayer@outlook.com.

THE CO-ORIGINALITY AND COMPLEMENTARITY RELATIONSHIP BETWEEN MORAL AND LAW IN JÜRGEN HABERMAS'S DISCOURSE THEORY OF LAW

ABSTRACT: This paper aims to address the relationship of complementarity and co-originality between Law and Morality from the perspective of Jürgen Habermas's Discourse Theory of Law and Discourse Ethics. First, the formal pragmatic analysis of communicative rationality and practical rationality in post-metaphysical thought will be introduced, as well as post-conventional justification and the validity of moral norms oughtness. Then, the cognitive content of morality will be outlined through the elaboration of the principle of universalization (U) and the principle of discourse ethics (D). The co-originality will be discussed in the sense that the Principle of Democracy is derived from "D." The complementarity relationship will be examined based on how Morality, in light of the Principle of Universalization (U), provides normative content in terms of universalizable reasons to Law, while Law addresses its cognitive, operational, and motivational deficits. Positive law and post-conventional morality are thus the main mechanisms of social integration in modernity, as they permeate the structural components of the lifeworld. Finally, the relationship between these mechanisms should be one of complementarity; otherwise, Law, which is known to be constituted in the tension between facticity and validity and, therefore, always mutable, risks losing its capacity for social integration and expectation stabilization.

Keywords: Modern Law; Morality; Discourse Theory of Law.

INTRODUÇÃO

Partindo das discussões empreendidas por Habermas na Teoria da Ação Comunicativa (1987) e nos textos sobre a ética do discurso, em direção a uma reconstrução interna do sistema de direitos, será abordada a forma com a qual o direito positivo e a moral pós-convencional se apresentam como instrumentos de integração social nas sociedades complexas, guardando uma relação de complementaridade e cooriginalidade. Isso porque o conteúdo normativo do direito positivo se abre para uma fundamentação pós-convencional a partir de razões morais universalizáveis, ao mesmo tempo que a moral, para ser efetiva ao orientar as ações dos sujeitos,

precisa ter seus déficits supridos pela facticidade do direito positivo, sendo eles cognitivos, motivacionais e operacionais.

Tal abordagem delineia um caminho oposto ao qual é usualmente feito: em vez de abordar desde o aspecto funcional de como o direito, na sua facticidade, pode suprir os déficits de uma moral pós-convencional para a estabilização das expectativas normativas, parte da tensão interna entre facticidade e validade no seio do médium linguístico, considerando que a normatividade da razão comunicativa reside no fato de possibilitar aos indivíduos que cumprem certos pressupostos contrafáticos um assentimento racional sobre pretensões de validade universais, criticáveis e reconhecidas intersubjetivamente. A partir da tensão entre facticidade e validade interna à linguagem (i.e., pretensões de validade e como estas penetram na prática comunicativa cotidiana) que possibilita a integração social dos falantes no mundo da vida, será abordado como essa tensão constitutiva retorna ao direito e fornece a ele a capacidade de estabilizar expectativas normativas.

1. RACIONALIDADE PRÁTICA E RACIONALIDADE COMUNICATIVA

A partir da ruptura com o paradigma da consciência, a filosofia contemporânea pós virada-linguística trouxe à tona uma nova concepção de razão, tanto na filosofia analítica quanto na hermenêutica filosófica. O construto teórico sobre o qual Jürgen Habermas apoiou sua pragmática linguística renuncia a uma razão em sentido solipsista e a um sujeito transcendental, indo em direção a uma destranscendentalização da razão no paradigma do entendimento. Nesse sentido, a razão perpassa, fundamentalmente, por

sujeitos dotados de capacidade de fala e de ação que, diante o pano de fundo de um mundo da vida comum, se põe de acordo sobre algo no mundo, comportam-se relativamente ao medium da sua linguagem de um modo que tanto tem de autônomo como de dependente: podem utilizar os sistemas de regras gramaticais que, antes de tudo, tornam possível a sua prática, também para os seus próprios fins (Habermas, 2004, p. 67).

Nesse contexto, são relevantes as estruturas simbolicamente reproduzidas no mundo da vida em que os sujeitos estão situados, onde estes se alimentam de conceitos de sentido gramaticalmente preconcebidos (Habermas, 2004, p. 67). Dessa maneira, a prática interior a esse mundo da vida se pauta no entendimento mútuo entre os participantes, operada a partir de

pretensões de validade discursivamente resgatáveis e que supostamente possam ser defendidas (Habermas, 1996, p. 12), devendo elas todas serem mutuamente e intersubjetivamente reconhecidas e poderem ser racionalmente justificadas. Todo esse processo de compreensão mútua a partir do reconhecimento de pretensões de validade que são passíveis de serem justificadas constitui a base de validade do discurso. É nesse sentido que a pragmática universal de Habermas se apresenta como um programa de reconstrução dos pressupostos universais de comunicação, ou seja, da base de validade do discurso (Habermas, 1996, p. 15).

A reconstrução empregada por Habermas se caracteriza como a transformação de um *know-how* (um conhecimento pré-teórico e implícito do sistema de regras gramaticais) em um *know-that* (o que o falante pretende dizer com uma expressão e aquilo que o intérprete entende de seu conteúdo) que é um saber explícito, reflexivo (Habermas, 1996, p.27). Assim, o método reconstrutivo possibilita e objetiva não a formulação de uma teoria “ideal”, pautada em um dever-ser (ou um vir-à-ser) a-histórico e transcendente, mas sim o empreendimento de uma explicitação teórica do uso racional da linguagem e, então, da organização da vida cotidiana e dos sentidos intersubjetivamente compartilhados que se dão em torno de uma racionalidade, por excelência, baseada na capacidade de entendimento mútuo – e, portanto, comunicativa.

Habermas irá centralizar a razão comunicativa no lugar de uma razão prática. Se esta, por um lado, tem como fim orientar um sujeito particular na sua ação, em termos morais, uma articulação da racionalidade em termos comunicativos se situa no seio do medium linguístico, onde se concatenam as interações que estruturam as formas de vida e que possibilitam o entendimento mútuo (Habermas, 2010, p. 65). Ou seja, ela se inscreve no telos do entendimento que é imanente à própria linguagem e perpassa por pretensões de validade: de verdade proposicional em relação ao mundo objetivo, como totalidade das coisas existentes; de correção normativa em relação ao mundo social-normativo, como totalidade das relações interpessoais e ordens sociais legítimas, sobre as quais se podem levantar enunciados corretos; ou de sinceridade em relação ao mundo expressivo, como totalidade das vivências e intenções que cada indivíduo possui acesso privilegiado, sobre os quais são possíveis enunciados sinceros (Habermas, 1987, p. 171). Dessa forma, a racionalidade comunicativa se apresenta não somente como uma faculdade subjetiva que indica aos atores o que fazer, nem pode ser reduzida ao âmbito das questões prático-morais. Quando um ator faz o uso da linguagem no sentido de buscar um entendimento sobre algo no mundo, se compromete a cumprir certos pressupostos

contrafáticos sobre a base de validade do discurso e adotar uma postura realizativa (Habermas, 2010, p. 66-67). Assim, pautam-se na busca de fins ilocucionários relacionados ao reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade criticáveis, que também se comunicam às formas de vida inseridas no mundo da vida através de uma ação comunicativa.

A razão comunicativa é, portanto, um “complexo descentralizado de condições transcendentalmente possibilitantes, formadoras de estruturas e que permeiam a interação” (Habermas, 2010, p. 66), ou seja, capaz de possibilitar aos atores uma orientação por pretensões de validade criticáveis e justificadas racionalmente. Ela só adquire um conteúdo normativo na medida em que quem atua comunicativamente assume o compromisso com pressupostos contrafáticos que se direcionam criticamente aos próprios resultados do entendimento, adquirindo, assim, uma transcendência na imanência da práxis cotidiana que é ela mesma capaz de produzir processos de aprendizagem. Tais pressupostos se referem a características do próprio procedimento argumentativo, tendo Habermas distinguido ao menos quatro desses pressupostos mais relevantes para que seja possível aos participantes pautarem seus discursos em uma aceitabilidade racional, sendo eles:

(a) Ninguém que poderia dar um contributo relevante pode ser excluído da participação; (b) a todos é dada a mesma oportunidade de contribuir; (c) os participantes devem estar convictos do que dizem; (d) a comunicação tem de estar isenta de coações exteriores e interiores de tal modo, que as tomadas de posição de sim e não relativamente a pretensões de validade criticáveis sejam motivadas unicamente pela convicção das melhores razões (Habermas, 2014, p. 315).

É importante pontuar que, apesar de tais pressupostos estabelecerem critérios de inclusão e igualdade entre os participantes da práxis discursiva, não é o seu conteúdo “normativo” em sentido moral, uma vez que tais regras do jogo argumentativo não designam a universalidade de uma norma de ação nem possuem o intuito prático de motivar ações: “a igual distribuição das liberdades comunicativas no discurso e a exigência de sinceridade para o discurso significam deveres e direitos argumentativos, e de modo algum deveres e direitos morais” (Habermas, 2014, p. 316).

Partindo dessas considerações acerca da teoria da ação comunicativa, Habermas empreende críticas tanto a uma abordagem estritamente externa do Direito e da Moral, na qual os conteúdos normativos da razão prática são desconectados destes, de maneira que Direito, Moral e Política se resumem a subsistemas autopoieticos, ou seja, funcionalmente especificados

e regulados autorreferencialmente (Habermas, 2010, p. 64). No entanto, também traz à tona uma abordagem crítica das abordagens estritamente normativas do Direito, nas quais a prática social se submete inteiramente aos conteúdos normativos da razão prática dos sujeitos particulares, de maneira que o enfoque na legitimidade do direito não consegue tematizar a forma jurídica como tal nem a dimensão institucional do direito. Ambas, portanto, não conseguem abordar satisfatoriamente a tensão entre a pretensão de legitimidade do Direito e a facticidade social (Habermas, 2010, p. 130). Habermas propõe, dessa maneira, que

somente quando uma análise do direito, pautada em termos de uma ciência social, vincula a abordagem externa com uma reconstrução interna, a teoria normativa não necessitará mais buscar sem mediações uma conexão com a realidade através da consciência política de um público de cidadãos (Habermas, 2010, p. 130).

Portanto, tendo em vista a debilidade de uma concepção pós-metafísica de razão, pautada no assentimento racional de pretensões de validade universais, criticáveis e intersubjetivamente reconhecidas, os componentes normativos que se inserem na base de validade do discurso fornecem idealizações, transcendentalmente, na imanência da práxis comunicativa cotidiana, e, sendo o entendimento um mecanismo de coordenação das ações, tais pressupostos contrafáticos adquirem importância direta na manutenção da ordem social (Habermas, 2010, p. 67). Porém, é a tensão entre facticidade e validade inserida na linguagem e no seu uso que constitui a integração dos participantes no *medium* linguístico, devendo os próprios indivíduos atuarem para a sua estabilização (Habermas, 2010, p. 79; *ibidem*, 97). O problema se delineia, portanto, em termos de uma sociedade moderna e complexa, na qual os conteúdos do mundo da vida são cada vez mais tematizados e os riscos de desentendimento majorados.

Dessa maneira, como a ação comunicativa capaz de estabelecer plexos de sentido intersubjetivamente compartilhados que possibilitam a integração social onera os atores de maneira que eles mesmo atuem para mitigar a tensão entre facticidade e validade, abdicando de uma postura egocêntrica, para que haja tal integração, esta passa a exceder o mecanismo do entendimento mútuo e necessita também de uma regulação das interações estratégicas crescentes (com a funcionalização dos sistemas) (Habermas, 2010, p. 83-93). Para tanto, a integração social não depende mais somente da Moral, pautada apenas em motivações racionais. Ela se desloca em direção a normas que possibilitam ao mesmo tempo tal validade

racionalmente justificada e, ademais, uma coerção fática, como forma de suprir a defasagem na integração causada pela complexificação da sociedade, dada a funcionalização dos sistemas e as atitudes objetivantes (Habermas, 2010, p. 89-92). O Direito positivo, nesse contexto, se apresenta então como um outro mecanismo de integração social, capaz de compreender tanto as liberdades subjetivas de ação como o elemento coercitivo fático.

2. JUSTIFICAÇÃO PÓS-CONVENCIONAL DE NORMAS DE AÇÃO E A VALIDADE DO DEVER-SER DE JUÍZOS MORAIS

Para compreender a relação empreendida entre estas duas formas de integração social das sociedades pós-tradicionais, a saber, moral pós-convencional e direito positivo, é necessário, primeiramente, esboçar a justificação dos juízos morais, alicerçados na forma comunicativa dos discursos racionais (ética do discurso fundamentada na teoria da ação comunicativa), para então partir para uma análise sobre a cooriginalidade do direito e da moral. A questão que aqui se coloca é a de como pode a moral regular legitimamente relações interpessoais?

Primeiramente, se a razão comunicativa possibilita a orientação dos indivíduos em direção a pretensões de validade universais (verdade, sinceridade e correção normativa), é necessário localizar dentre estas qual é a pretensão fulcral tematizada em discursos práticos. Ou seja, juízos morais são passíveis de uma verdade no mundo objetivo ou de uma correção no mundo social-normativo? Uma interpretação pragmatista da diferenciação entre verdade e correção, em termos de uma moral deontológica, entende que, apesar de as duas pretensões se revelarem pelo mesmo recurso da argumentação, um juízo moral não é por excelência uma descrição sobre estados de coisas que existem, ou seja, sobre fatos morais, que transcendem a justificação na referência ao mundo – constituídos de objetos que existem independentemente de suas descrições linguísticas – mas diz respeito a uma pretensão de correção que se limita a uma aceitabilidade idealmente justificada, ou seja, se uma norma moral é correta em relação às ordens sociais legítimas e passível de reconhecimento intersubjetivo no seu círculo de destinatários (Habermas, 2014, p. 352-363). Assim,

O discurso, graças às suas pressuposições comunicativas dotadas de conteúdo normativo, é capaz de gerar do seu próprio interior aquelas restrições que são impostas

à prática justificativa com o projeto de um universo moral. Para nos assegurarmos da vinculatividade categórica dos imperativos morais não precisamos de entrar em contato com um mundo para além das nossas justificações. Basta percorrer todo o espaço “sem mundo” do discurso, uma vez que nos orientamos da perspectiva do participante, pelo ponto de referência de uma comunidade inclusiva de relações interpessoais bem ordenadas – ou seja, por um ponto de referência que, mal entremos em argumentações, já não está à nossa disposição (Habermas, 2014, p. 379).

Dessa maneira, o ponto de vista moral sob o qual tais juízos são avaliados imparcialmente decorre dessa estrutura comunicativa do discurso racional, de forma que se a aceitabilidade idealmente justificada não extrapola os limites do discurso para uma existência independente da dignidade do seu reconhecimento intersubjetivo (Habermas, 2014, p. 364), a expectativa de legitimidade das questões de justiça só pode ser satisfeita com a “ajuda de um processo que, sob condições que incluam todos os potencialmente afetados, assegura a imparcialidade, no sentido de igual consideração de todos os interesses afetados” (Habermas, 2014, p. 371). O processo de justificação discursiva de normas de ação será melhor clarificado com a elucidação do princípio moral (U) e do princípio (D), delineados em termos de uma ética do discurso.

3. ÉTICA DO DISCURSO: PRINCÍPIO DA UNIVERSALIZAÇÃO (U) E PRINCÍPIO DO DISCURSO (D)

A ética do discurso se caracteriza como uma ética de caráter deontológico, cognitivista, formalista e universalista. Por caráter deontológico entende-se que os juízos morais se referem a uma ação correta/justa, de maneira que estes servem para justificar as ações à luz de normas válidas. O cognitivismo se refere ao fato de juízos morais possuírem um conteúdo cognitivo, sendo possível fundamentar juízos morais de forma racional e pressupor que é possível distingui-los de certos e errados, na perspectiva de uma pretensão corretiva que é análoga à verdade de uma frase assertórica (Habermas, 2014, p. 107). Já o formalismo diz respeito ao fato de que a justificação em sentido moral se dá a partir de um princípio que defina o processo da argumentação moral, de maneira que ele é justificado na medida em que pode ser querido por todos os afetados em um discurso prático. Por fim, a ética do discurso é universalista na medida

em que afirma que o princípio moral não exprime determinações de uma eticidade concreta² nem perpassa por questões de vida boa, gozando, portanto, de validade geral (Habermas, 2014, p. 108).

Considerando que tais éticas perpassam pela capacidade dos indivíduos de aduzirem “uma regra segundo a qual se considera algo sob o ponto de vista moral”, na ética do discurso, os participantes têm de pressupor que, “em princípio, todos os afetados participam como livres e iguais numa busca cooperativa de verdade, em que apenas a coação do melhor argumento pode licitamente fazer-se sentir” (Habermas, 2014, p. 109). Essa capacidade do discurso em garantir a correção de acordos normativos se dá devido à força das suposições contrafáticas a que os participantes devem proceder na prática argumentativa. Estes, portanto, agem não como agentes monológicos, mas num “acontecimento público praticado por todos em conjunto e de modo intersubjetivo” (Habermas, 2014, p. 110). Nesse sentido, apenas o processo discursivo do resgate de pretensões de validade normativas conserva uma força de justificação, de modo que a argumentação se deve, em última instância, ao seu enraizamento no agir comunicativo, pois normas morais só podem ser justificadas quando os participantes se encontram em pé de igualdade, sendo seus interesses simétricos.

A partir dessas características, é possível compreender que normas morais podem ser válidas na medida em que atendem aos critérios do princípio moral. Este se apresenta como uma regra de argumentação na qual se expressa o núcleo normativo da moral racional. O princípio moral, chamado de princípio de universalização (U), define que normas morais, para serem válidas, devem preencher a condição de que “os resultados e as consequência colaterais que previsivelmente decorrem de uma observância geral para a satisfação dos interesses de cada um têm de poder ser aceite por todos os concernidos sem coação” (Habermas, 2014, p. 108).

Nas formulações empreendidas nos textos sobre a ética do discurso anteriores ao *Facticidade e Validade*, do princípio (U) surge um outro princípio da ética do discurso (D) que pressupõe o fato de que a escolha de normas pode ser fundamentada. Assim, “apenas podem

² Sobre a relação entre a moralidade e as eticidades concretas: “qualquer moral universalista tem de reparar estas perdas em eticidade concreta, que começa por aceitar em troca da vantagem cognitiva para se tornar eficaz em termos práticos. As morais universalistas dependem de formas de vida que, por seu lado, estão a tal ponto “racionalizadas” que possibilitam a aplicação prudente de conhecimentos morais gerais e promovem motivações para a transposição dos conhecimentos para a ação moral. Apenas formas de vida que neste sentido “vêm ao encontro de morais universalistas satisfazem as condições necessárias para que as realizações de abstração da descontextualização e da desmotivação possam ser anuladas” (Habermas, 2014, p. 104).

reivindicar validade tais normas que podem (ou poderiam) contar com a aprovação de todos os afetados enquanto participantes de um discurso prático” (Habermas, 2014, p. 86).

No entanto, o princípio do discurso (D) adquire posteriormente, no Facticidade e Validade, um caráter de neutralidade em relação à moral, de maneira que o princípio moral seja dele derivado, e não o oposto. É essa a concepção atualizada que embasará no presente trabalho a abordagem da relação entre o direito positivo e a moral pós-convencional.

4. A COORIGINALIDADE ENTRE O DIREITO E A MORAL

Como aduzido anteriormente, é do processo de racionalização e complexificação dos plexos de sentido compartilhados, desde uma perspectiva interna do mundo da vida, que se pode compreender como que da especialização dos saberes – de organização social e produção de riquezas – surge uma lógica de autoconservação sistêmica que aos poucos se desprende de uma racionalidade intersubjetiva, ocorrendo, assim, uma diferenciação de sistemas de dentro do próprio mundo da vida. Esses sistemas recorrem cada vez menos a uma racionalidade comunicativa baseada em consensos racionalmente alcançados. De tais estruturas sociais cada vez mais funcionalizadas, diferenciam-se os meios pelos quais os sistemas se autoconservam, sendo eles deslinguisticados – a saber o poder político (correspondente ao sistema Estado) e o dinheiro (correspondente ao sistema Mercado) (Habermas, 1987, p. 216).

Assim, se, por um lado, a moral, como normas que garantem um consenso de segunda ordem quando o mecanismo do entendimento falha no âmbito da regulação normativa cotidiana (Habermas, 1987, p. 245-246), permeia especificamente o mundo da vida – já que é nele que reside uma motivação pautada em uma aceitabilidade racionalmente justificada por meio do entendimento mútuo entre os sujeitos que participam como livres e iguais numa busca cooperativa de verdade e em condições simétricas de interesses – o direito, por outro, apresenta uma estrutura de charneira que possibilita a sua penetração tanto no mundo da vida quando no sistema (Habermas, 2010, p. 120). A linguagem do direito mantém uma conexão tanto com as estruturas do mundo da vida que se reproduzem simbolicamente no seio do *medium* linguístico (enquanto operações socio-integradoras de entendimento intersubjetivo), quanto com os códigos que operam a Administração estatal, regulada pelo poder, e o Mercado regido pelo

dinheiro, “operando como um agente transformador no circuito de comunicação entre sistema e mundo da vida, que abarca a sociedade como um todo” (Habermas, 2010, p. 146).

A partir dessa diferenciação em relação ao alcance da moral pós-convencional e do direito positivo na sociedade como um todo, é possível inferir que, apesar de ambos se apresentarem a partir dos mesmos problemas: “como ordenar legitimamente as relações interpessoais e como coordenar entre si as ações através de normas justificadas, como solucionar consensualmente conflitos de ação sobre o pano de fundo de princípios normativos e regras intersubjetivamente reconhecidas” (Habermas, 2010, p. 171), referem-se a estas questões de formas distintas. Essas distinções serão abordadas nesse momento a partir da fundamentação pós-convencional de normas de ação, com o desencantamento e a ruptura com fundamentações sacras que atrelavam direito, moral e eticidade, de maneira que, com a superação de uma dicotomia direito positivo e direito natural ligada à filosofia da consciência, as normas jurídicas e morais passam a guardar uma relação de complementaridade (Habermas, 2010, p. 171).

Se, por um lado, a moral pós-convencional se apresenta como um sistema de saber que perpassa as estruturas do mundo da vida, por ter em seu núcleo normativo motivações estritamente racionais dos indivíduos, a força vinculante do direito moderno perpassa não apenas a sua pretensão de aceitabilidade racional, mas também a sua própria positivação na medida em que possui uma fundamentação sistemática: “uma pretensão de interpretação vinculante e de imposição coercitiva pelos órgãos competentes” (Habermas, 2010, p. 145). O direito positivo é, portanto, um sistema de saber e um sistema de ação, uma vez que, para além de uma forma de saber cultural, detém obrigatoriedade no plano institucional, inclusive por meio de sanções (Habermas, 2010, p. 172-180).

É nessa tensão constitutiva entre a facticidade da produção do direito que abarca aquela coerção jurídica derivada de uma expectativa de legitimidade associada à vontade do legislador, e a validade de um procedimento democrático de produção do direito que fundamenta a pretensão de aceitabilidade racional das leis (Habermas, 2010, p. 95), que a histórica concorrência filosófica-política entre as ideias de soberania popular e direitos humanos é aclarada. Pois, nos termos de uma teoria discursiva da democracia, a conexão interna entre autonomia pública e autonomia privada retorna no sistema de direitos enquanto equiprimordiais, uma vez que a força integradora do direito só pode subsistir na medida em que

os destinatários das normas jurídicas possam se entender como coautores racionais dessas mesmas normas (Habermas, 2010, p. 169).

Somente a produção politicamente autônoma do direito permite também aos destinatários do direito uma compreensão correta da ordem jurídica como um todo. Pois o direito legítimo somente é compatível com um modo de coerção jurídica que não destrua os motivos racionais de obediência ao direito. Ou seja, o direito coercitivo não pode forçar aos seus destinatários a renunciarem ao exercício de sua liberdade comunicativa e a deixarem de tomar posturas frente à pretensão de legitimidade do direito, a saber, não pode força-los a abandonar em um caso particular sua atitude realizativa frente ao direito e a substituí-la por uma atitude objetivante (Habermas, 2010, p. 187).

Nesse sentido, direitos fundamentais constitucionalizados não podem se apresentar como uma mera projeção dos direitos morais, nem a autonomia política se subsumir a uma autonomia moral e vice-versa. Isso porque a formação da vontade política, bem como a legitimidade do sistema de direitos, se constitui em última instância na capacidade dos membros de uma comunidade jurídica, como participantes de discursos racionais, de coordenar ações com um emprego de linguagem voltado para o entendimento mútuo, de maneira que o seu fundamento último estaria na racionalidade comunicativa (Habermas, 2010, p. 149). O direito não pode, portanto, se limitar a cumprir requisitos funcionais, mas tem que satisfazer as precárias condições de uma integração social que se efetua através de operações de entendimento mútuo de sujeitos que atuam comunicativamente (Habermas, 2010, p. 148), de maneira que cumpra a função de estabilizar as expectativas normativas.

O princípio do discurso (D) se apresenta como o ponto de cooriginalidade entre o direito e a moral, na medida em que se refere a normas de ação no geral (morais e jurídicas), expressando tais exigências pós-convencionais da validade de normas: “válidas são as normas em que todos os que podem ser afetados por ela chegarem (ou pudessem chegar), como participantes de um discurso racional, a um acordo sobre o fato desta norma ser válida” (Habermas, 2010, p. 172). Desse modo, (D) apresenta-se como um princípio neutro, já que diz respeito a uma validade normativa que é indiferente frente à distinção entre moralidade e legitimidade.

Nesse viés, o princípio moral (U) se apresenta como uma especificação desse princípio geral do discurso (D) para normas que somente podem se justificar tendo em vista o igual interesses de todos, não se resumindo a uma comunidade específica, mas pretendendo uma

universalidade. Já no âmbito do direito, o princípio do discurso adota uma via de institucionalização jurídica, dando origem ao chamado princípio da democracia. Este surge, assim, “a partir do entrelaçamento do princípio do discurso com a forma jurídica”, sendo esse entrelaçamento a gênese lógica de direitos (Habermas, 2010, p. 187). Sendo o princípio democrático também derivado de (D), na medida em que especifica a legitimidade de normas de ação que se revestem da forma jurídica, é ele que estabelece os termos de um procedimento de produção legítimo das normas jurídicas: “somente podem reivindicar validade legítima aquelas leis jurídicas que possam contar com o assentimento de todos os membros da comunidade jurídica, em um processo discursivo de produção de leis que seja ele mesmo constituído por meio do direito” (Habermas, 2010, p. 187).

Dessa maneira, as normas jurídicas implicam um assentimento que não carece de uma universalidade como em (U), mas dependem de um acordo dos membros de uma determinada comunidade jurídica que se reconhecem mutuamente como membros livres e iguais de uma associação na qual adentraram voluntariamente (Habermas, 2010, p. 175). Ainda, tendo em vista a relação de cooriginalidade entre autonomia pública e autonomia privada, normas jurídicas não se submetem somente a uma fundamentação moral, mas também pressupõem a possibilidade de decidir racionalmente sobre questões éticas e questões pragmáticas. A fundamentação, a partir de princípios morais, supõe uma comunidade global de cidadãos que consideram a satisfação do interesse de todos por igual. Já as questões éticas-políticas perpassam a autocompreensão coletiva de uma determinada comunidade política sobre sua forma de vida. Por fim, as questões pragmáticas se colocam desde a perspectiva de agentes que buscam fins adequados para a realização de suas metas à luz de suas preferências, sendo o dever ser relativizado em função destes fins (Habermas, 2010, p. 173).

Tendo em vista a possibilidade de uma formação racional da vontade política, o princípio da democracia estabelece procedimentalmente como esta pode ser institucionalizada a partir de um sistema de direitos que assegure a participação igual entre os membros da comunidade jurídica no processo discursivo de formação da vontade (Habermas, 2010, p. 176), estabelecendo um liame entre as condições do exercício discursivo da autonomia política e a autonomia privada dos cidadãos. Ademais, como as normas jurídicas possuem um caráter artificial no sentido de serem intencionalmente reflexivas e aplicáveis a si mesmas, “o princípio democrático tem que fixar um procedimento de produção legítima de normas que regulem e

controlem o próprio meio do direito” (Habermas, 2010, p. 176). O sistema de direitos, portanto, precisa, para além de institucionalizar uma formação racional da vontade política, garantir também o *medium* do direito ele mesmo, de modo que a vontade política possa se expressar como vontade comum dos membros da comunidade jurídica, cuja associação é voluntária.

5. A COMPLEMENTARIDADE ENTRE O DIREITO E A MORAL

Uma teoria discursiva do direito e da democracia, fundada em uma teoria da ação comunicativa, rompe com a concepção de sociedade composta por indivíduos monológicos. Dessa maneira, o mundo da vida forma-se de plexos de sentido compartilhados intersubjetivamente, sendo que as ações comunicativas dos sujeitos se alimentam de conteúdo dos componentes estruturais do mundo da vida, a saber, das tradições culturais (cultura), das ordens sociais legítimas (sociedade) e da identidade dos indivíduos socializados (personalidade) (Habermas, 2010, p. 145). A partir disso, uma fundamentação pós-convencional das normas de ação, que perpassa por uma consciência moral regida por princípios universais e pela ideia de autodeterminação, conta com a reflexividade das tradições culturais e dos processos de socialização (Habermas, 1990, p. 124; Habermas, 2010, p. 163). Estas, além de receberem uma carga idealista, também estão cada vez mais sujeitas à pressão do direito, uma vez que, em sociedades complexas, nele recai cada vez mais o papel da integração social. É nesse sentido que se dá a relação de complementaridade entre a moral e o direito: preservando a relação de pressuposição recíproca entre os três componentes estruturais do mundo da vida, uma ordem jurídica só consegue se legitimar se recorrer a conteúdos que não contradigam ideais pós-tradicionais de vida e de justiça, voltados também para a cultura e personalidade, sendo a moral, portanto, capaz de fornecer razões universalizáveis ao direito.

As razões que fornecem legitimidade ao direito, sob pena de dissonâncias cognitivas, devem estar em concordância com os princípios morais de uma justiça e solidariedade universais, assim como com os princípios éticos de um modo de vida tanto dos indivíduos quanto do coletivo (Habermas, 2010, p. 164).

A moral racional é representada, no nível da cultura, como saber, reelaborando e transmitindo os conteúdos semânticos culturais reflexiva e criticamente, porém, para que isso seja efetivo, os próprios agentes devem ser motivados para tal. Por isso, a moral onera os

indivíduos ao depender de um processo de socialização que deem lugar a instâncias da consciência correspondentes com essa moral. “Ela só pode reivindicar eficácia na ação através do acoplamento interno de princípios morais na personalidade” (Habermas, 2010, p. 179). Tal processo é, no entanto, muito exigente, na medida em que os indivíduos devem se orientar ao entendimento mútuo para motivarem-se racionalmente, não podendo a moral alcançar eficácia por uma via distinta da internalização desses princípios. Ela passa a necessitar nas sociedades complexas de uma outra via: a institucionalização por meio de um sistema jurídicos, de maneira que ela se torne eficaz para a ação dos sujeitos, já que ao direito sobra uma eficácia imediata que falta aos juízos morais, fixando um sistema de saber dogmaticamente elaborado e vinculado a uma moral pós-convencional, podendo o direito interrelacionado no nível da cultura e da sociedade compensar os déficits de uma moral que se apresenta somente como um sistema de saber (Habermas, 2010, p. 180), cujas exigências são cognitivas, motivacionais e operacionais.

A moral possui uma indeterminação cognitiva na medida em que não pode estabelecer outra coisa que um procedimento para aferir a validade dos juízos morais, sendo que os sujeitos, eles mesmos em discursos práticos, devem coordenar suas ações para alcançar um entendimento sobre a correção de uma norma moral. Tal indeterminação é absorvida pela facticidade da produção do direito, na medida em que o legislador político no procedimento de produção legislativa, a institucionalização judiciária e a dogmática jurídica desoneram o indivíduo de adotar sempre uma postura de decidir sobre os conflitos de ação por ele mesmo e formar seus próprios juízos morais (Habermas, 2010, p. 181).

A moral racional também encarrega o indivíduo de motivar-se racionalmente para atuar conforme os juízos definidos pelos indivíduos como corretos/justos, inclusive contra os seus próprios interesses individuais. Assim, a moral possui uma indeterminação motivacional que também é suprida pela facticidade da produção legislativa, já que o direito impõe coercitivamente o comportamento em conformidade com a norma, desonerando o indivíduo de agir com motivações estritamente racionais, podendo ele adotar uma postura objetivante e agir estrategicamente. É fornecendo às expectativas normativas ameaças de sanção que ele faculta aos destinatários que ajam de acordo com a conduta exigida legalmente por respeito ao direito, por inclinações e interesses próprios ou por medo da sanção – o sentido subjetivo de um ato de vontade não incide na força vinculante do direito (Habermas, 2010, p. 182).

Por fim, como a moral impõe obrigações a uma comunidade global pelo seu caráter universalista, exige esforços de cooperação entre os sujeitos afetados, porém não possui regras que estabeleçam um controle desse comportamento. Apenas o direito positivo pode estabelecer competências e organizar institucionalmente esse sistema de obrigações, de maneira a suprir essa indeterminação operacional. Tendo em vista também que nas sociedades modernas há uma tensão entre as exigências de uma moral racional e coerções sistemáticas, tanto do Estado quanto do mercado, produzidos e institucionalizados juridicamente, somente

através de um sistema jurídico com o qual a moral está internamente vinculada, esta pode difundir-se sobre esses âmbitos de ação, inclusive sobre os âmbitos sistemicamente autonomizados de interações regidas por meios de regulação ou controle sistêmico, os quais exoneram os atores de todas as exigências morais, com exceção da exigência de obediência generalizada ao direito (Habermas, 2010, p. 183).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na perspectiva de uma reconstrução interna do sistema de direitos, inserida em uma teoria discursiva do direito e da democracia, o procedimento de produção normativa dotado de legitimidade deve guardar uma relação de complementaridade e cooriginalidade com o processo de justificação pós-convencional de normas morais. É que o direito, que se sabe constituído na tensão entre facticidade e validade, leva consigo a expectativa de seus destinatários (que se apresentam também como seus coautores) de que o procedimento democrático de produção legislativa e da vontade política fundamente uma presunção de aceitabilidade racional das normas, justamente pela relação de equiprimordialidade entre a autonomia privada e a autonomia pública que estabelece uma relação entre legitimidade e legalidade diferentes das tradicionais concepções liberais e republicanas do direito.

Aqui, empreende-se uma análise partindo da validade do sistema de direitos ancorada em uma teoria da ação comunicativa justamente pelo fato de que somente é possível compreender como a positividade do direito, que se abre tanto aos sistemas quanto ao mundo da vida, supre os déficits de uma moral pós-convencional que não mais consegue, por ela mesma, cumprir efetivamente a função de integração da sociedade como um todo. Mesmo o aparato sancionatório da coerção jurídica deriva de uma expectativa de legitimidade associada ao procedimento democrático legislativo.

Para Habermas, é a partir da própria tensão entre facticidade e validade constituída no médium linguístico que essa tensão retorna no âmbito do direito. Ou seja, é da normatividade

das pressuposições contrafáticas e das pretensões de validade imanentes à própria prática comunicativa cotidiana dos indivíduos, capaz de realizar precariamente a integração social no mundo da vida, que se constitui o direito na tensão entre sua positividade e sua legitimidade, sendo ele um mecanismo institucional de integração da sociedade como um todo, uma vez que se abre para além do mundo da vida e compreende também a lógica sistêmica que, nas sociedades modernas, se expande para âmbitos originalmente integrados por uma racionalidade comunicativa. Assim, apesar de a linguagem jurídica abarcar também os códigos do Sistema, o direito compreendido em termos de uma teoria discursiva se apresenta como um mecanismo de integração social, justamente por que se fundamenta, em última instância, em uma racionalidade comunicativa, tal como a moral pós-convencional. No entanto, o direito diferencia-se desta ao vincular também os sujeitos que atuam estrategicamente, graças a sua dimensão institucional, realizando a função de estabilizar as expectativas normativas. Ambos guardam, assim, uma gênese lógica semelhante por derivarem de um mesmo princípio do discurso (D) neutro à moralidade e à legitimidade, mas que se pauta primordialmente na capacidade dos participantes de agirem comunicativamente, coordenando seus planos de ação voltados para o entendimento mútuo.

Em síntese, a moral pós-convencional se abre ao direito como capaz de oferecer razões passíveis de universalização no processo legitimamente estabelecido de produção das normas jurídicas. Em contrapartida, o direito positivo, em sua facticidade, é capaz de suprir os déficits de uma moral que: estabelece somente o procedimento pelo qual normas morais podem ser válidas e passíveis de serem universalizadas; não possui um aparato coercitivo institucionalizado que garanta a conformidade da conduta dos afetados com o seu conteúdo; e, por fim, que supõe uma atuação cooperativa entre os concernidos, não podendo, para tanto, estabelecer competências e fundar organizações. A relação entre tais mecanismos de integração social nas sociedades modernas deve ser, portanto, de complementaridade, não havendo uma lógica hierárquica entre ambos, sob pena de dissonâncias cognitivas que não permitirão ao direito cumprir o seu papel de estabilização de expectativas normativas.

REFERÊNCIAS

HABERMAS, Jürgen. **Ética do Discurso**: obras escolhidas de Jürgen Habermas. Lisboa: Edições 70, 2014. v. 3.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Madrid: Trotta, 2010.

HABERMAS, Jürgen. Moral Consciousness and Communicative Action. *In*: **Moral Consciousness and Communicative Action**. Massachusetts: The MIT Press, 1990.

HABERMAS, Jürgen. O que é a pragmática universal. *In*: **Racionalidade e Comunicação**. Lisboa: Edições 70, 1996.

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento Pós-metafísico**. Coimbra: Almedina, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa II**: Crítica de la razón funcionalista. Madrid: Taurus Humanidades, 1987.